

Acórdão: 15.640/03/2^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010110212-92, 40.010110215-27
Impugnante: Bertin Ltda
Proc. S. Passivo: Vagner Aparecido da Cruz/Outro
PTA/AI: 02.000205202-35, 02.000205224-75
Inscr. Estadual: 342.827581.00-72
Origem: DF/Uberaba

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - ÓLEO COMBUSTÍVEL - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatadas aquisições de óleo combustível A2 de outra Unidade da Federação sem retenção e recolhimento do ICMS/ST pela remetente, hipótese em que a responsabilidade pelo pagamento do imposto passa a ser do contribuinte mineiro que recebeu a mercadoria, nos termos do artigo 362 do Anexo IX do RICMS/02. Acolhimento parcial das razões da Impugnante para se adequar a MR a 50% de seu valor. Lançamentos parcialmente procedentes. Decisão unânime.

RELATÓRIO

As autuações versam sobre a constatação do transporte de óleo combustível A2, com destino ao estabelecimento autuado, sem o recolhimento do ICMS/ST, conforme previsto no artigo 362, do Anexo IX, do RICMS/02. Exige-se ICMS e MR(100%).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnações constantes dos autos, contra as quais o Fisco se manifesta pedindo a aprovação integral dos feitos.

DECISÃO**Das Preliminares**

É bem verdade que o Auto de Infração apenas contém, em sua capitulação legal, os artigos pelos quais faz recair a responsabilidade do ICMS/ST à Autuada. No entanto, dois fatos permitem a aplicação, ao caso presente, do artigo 60 da CLTA. O primeiro deles se refere ao contido no relatório do Auto de Infração, ou seja: 1) que não havia recolhimento do ICMS/ST; 2) que o combustível se destinava ao aquecimento de caldeiras, para a geração de vapor; 3) que havia destaque do ICMS da operação própria, sendo que a operação era imune (art. 155, inciso X, alínea “b”, da CF), ato com o qual

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

o fiscal autuante impedia à Autuada do aproveitamento do crédito do ICMS destacado indevidamente. À luz deste primeiro fato, não se pode concluir que tenha-se permitido ao Autuado a compreensão da acusação. Mas a este primeiro fato soma-se o contido na peça impugnatória, trazida ao item III.1, fls. 21. Nesta peça, apesar de o contribuinte não fazer menção ao art. do RICMS/02 próprio e sobre o qual se sustenta a acusação, pelo caminho de palavras por ele utilizado, permite concluir que sabia ele, muito bem, que a acusação estava centrada e partindo do artigo 360, § 1º, II, do Anexo IX, do RICMS/02.

São palavras da própria autuada em sua peça impugnatória, às fls. 21, item III, defendendo-se em razões de mérito, reconhecendo a sua utilização em caldeira, para geração de vapor:

“Ora, se o combustível será utilizado pela Impugnante na condição de consumidora final, sem realizar operações posteriores com esse produto, como pode ser válida exigir desse contribuinte o imposto sob o regime da Substituição Tributária?

Apenas deveria pagar esse imposto caso vende-se o produto para outras pessoas, ou seja, promovesse após receber o combustível, a sua posterior comercialização, por se essa a operação a que se refere o ICMS devido sob o regime de Substituição Tributária” (sic).

Demonstrou, assim, por outras palavras, ter conhecimento do preceito do artigo 360, § 1º, II, do Anexo IX, do RICMS/02, interpretando-o à sua forma. Demonstrando o conhecimento do preceito da legislação e defendendo-se dele, demonstrou compreender o fato narrado e motivo ensejador da acusação, contido no relatório do Auto de Infração.

“Art. 360. (...)

§ 1º. A responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS é atribuída, ainda, ao estabelecimento situado em outra unidade da Federação:

I - (...)

II - na remessa de combustível e lubrificante derivado de petróleo a este Estado, quando os produtos não forem destinados à comercialização ou à industrialização.”

Da mesma forma, quanto à formação da base de cálculo de ICMS/ST. Realmente, também não citou o fiscal autuante o artigo próprio de como formou ele o valor da base de cálculo. Mas, a descrição do auto de infração é clara para se concluir como se dera. O valor da operação própria era de R\$31.680,60, valor este constante da Nota Fiscal apreendida e modificado para R\$31.683,26, pela Nota Fiscal Avulsa, adequado a uma precisão matemática do valor unitário do quilograma pelo volume transportado. Também é do Auto de Infração que se retira, de maneira clara, que aquela operação própria estava imune, sendo citado, inclusive, o artigo 155, X, b, da Constituição Federal. Sendo assim, o ICMS/ST não tem a dedução do ICMS da

operação própria, aplicando-se a alíquota de 18% ao valor integral da operação. A Autuada, em sua peça impugnatória, afirma claramente que conhece a “Sustituição Tributária”, descrevendo-a em suas razões de mérito, item III, de fls. 21. Sendo assim, conhece, também, a formação da base de cálculo do ICMS/ST, trazido pelo RICMS/02, em seu Anexo IX, no § 1º, do artigo 385.

Assim, quanto à ausência de capitulação legal precisa no Auto de Infração, pelas razões acima, permite-se concluir pela aplicação do art. 60, da CLTA, considerando-se suprida tal falta. Assim sendo, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa pela Autuada, afronta ao artigo 142 do CTN, artigo 5, inciso II, artigo 37 e artigo 150, inciso I, da Constituição Federal. Conseqüentemente, nulo não é o Auto de Infração, pelo que são rejeitadas as arguições de nulidade do auto de infração.

Do Mérito

Legitimidade da Autuada

A legitimidade da Autuada para figurar no pólo passivo da obrigação tributária é patente. Se de tanto defendeu-se a Autuada de não ter trazido o Fiscal Autuante, no Auto de Infração por ele lavrado, os artigos próprios da acusação, quanto à responsabilidade da Autuada, estes estão na citada peça de acusação, pelo artigo 20, §1º, I, este da Parte Geral do RICMS/02, e ainda o artigo 362, § 1º, este do Anexo IX do mesmo RICMS.

É o bastante para se entender correta a figuração da Autuada no pólo passivo da obrigação tributária.

A utilização do combustível em caldeiras pela Autuada

Não haveria necessidade de muito estender para a convalidação parcial do trabalho fiscal, tendo em vista que a Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, através do Parecer DOET/SLT nº 034/2002, expusera, de maneira clara e precisa, que o preceito da legislação apenas contemplaria as remessas para a própria industrialização do combustível e não para que o mesmo seja utilizado como material intermediário no processo industrial da destinatária. Como consta do Auto de Infração, destina-se tal combustível ao aquecimento das caldeiras da autuada. Mais ainda se tornou clara esta exigência, ante a edição da Instrução Normativa SLT 01, de 03 de junho de 2003.

Isto tudo apenas para dizer, de maneira mais clara, o que já está dito pelo inciso II, do § 1º, do artigo 360, do Anexo IX, do RICMS/02.

No próprio auto de infração, o fiscal autuante fez constar que o combustível que estava sendo transportado se destinava a aquecimento de caldeira, gerando vapor. Prova não trouxe o fiscal, mas a Autuada, em sua peça impugnatória, reconhece o destino tal como afirmado no Auto de Infração, suprindo-se a necessidade de se produzir qualquer outra prova neste sentido. Diz mais a Autuada que também o combustível não se destina à comercialização. Assim sendo, há a incidência do ICMS/ST, na operação presente, tal como exigido pelo Auto de Infração.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A hipótese de comercialização é inteiramente descartada, no caso presente, pois, como reconhecido, destinava-se à utilização em caldeiras, para a geração de vapor. Entretanto, apesar de a geração de vapor estar dentro do complexo industrial da Autuada, a industrialização a que se refere o retro citado artigo é a industrialização do próprio produto e não a sua utilização como material de uso e consumo no processo industrial da Autuada. É o que está dito de forma bastante clara na também retro citada consulta, que revogou a anterior que dizia de forma ampla, quanto à industrialização. É o que está dito na Instrução Normativa retro citada, que mesmo tendo sido editada posteriormente, é ela meramente interpretativa.

Portanto, apesar da Autuada consumir o combustível, não o consume industrializando o próprio combustível ou o comercializando, em operação subsequente. Sendo assim, correta é a exigência do ICMS/ST.

Como também já demonstrado, ainda nos fundamentos das preliminares, a base de cálculo está corretamente formada, com a aplicação da alíquota própria, tal como a fiscalização se manifestou ao item 19, de fls. 45, em sua manifestação.

De se ressaltar, que também correta se faz a autuação quanto ao fato de estar constando da Nota Fiscal de fls. 08, o ICMS da operação própria, o que permitiria o crédito pela Autuada. Como bem frisado no próprio auto de infração, trata-se de operação interestadual e, portanto, imune, nos termos do artigo 150, X, “b, da Constituição Federal. Ao mínimo, correto estaria o fiscal autuante por reter esta Nota Fiscal e emitir outra própria para a operação, como o fez.

Entretanto, uma correção há que se fazer: não se aplica ao caso presente a penalidade do artigo 56, II, § 2º, da Lei 6763/75. Aquela estaria correta se o Auto de Infração fosse lavrado contra a emitente da Nota Fiscal apreendida, mas não quando emitido contra a destinatária, uma vez não é esta obrigada pela retenção do ICMS/ST ou pelo não pagamento do imposto retido. Estas se referem, como dito, à emitente da citada Nota Fiscal, que não integra o pólo passivo da obrigação tributária contida no Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar as arguições de nulidade do Auto de Infração. Também em preliminar, à unanimidade, rejeitar as arguições de cerceamento do direito de defesa. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedentes os lançamentos para se adequar a MR a 50% de seu valor. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor), Aparecida Gontijo Sampaio e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 04/11/03.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente/Relator

FMBS/EJ